Ruegatiō 23 44 189



47

POR
DOÑA ALDONZA
DE LA CERDA,
CON
DOÑA LEONOR DE LA CERDA,
SV TIA,
SOBRE
La possession de el vinculo, y mayorazgo, que instituyò, y fundò Gonçalo Suarez su vizabuelo paterno, y vacò por la fin y muerte de don Gonçalo de Zuñiga su tio, vltimo, e inmediato posseedor,

EN

El articulo de los alimentos que entrambos litigantes piden.

A PRE-


RETENDE Doña Aldonça, que se ha de confirmar, y suplir el auto de el ordinario, en que le mandò dar alimentos, y denegarsele totalmente los que pide a la dicha doña Leonor. Y porque es vulgar, y conocido principio, que para pedir alimentos el litigante, se ha de fundar, y estriuar en dos requisitos fundamentales; el vno, de suma pobreza, y el otro, de buen derecho en la causa principal, para cuyo respeto, el juez le ha, y deue tener, y mirar, a aquello que si el pleyto se hallara en difinitiua determinara, y a esta norma, y conformidad, ha de reduzir la determinacion de los alimentos prouisionales.

Supuesto lo qual, es fuerça para este articulo (pues por esta consideracion tiene siempre admixta la causa principal, y meritos de ella) tratar de la justicia principal, de a donde tiene dependencia el accessorio de los alimentos, y assi lo ha bien entendido doña Leonor, porque en el informatorio en derecho que ha dado, no haze mas de fundar el que pretende a la succession de este mayorazgo; de cuya desconfiança no ha menester doña Aldonça mayor probança que el ver que el abogado de doña Leonor, ya que se animò (en los Estrados) a dezir in voze, en su fauor; no assi empero a firmarlo por escrito; y assi viene a estar la alegacion de derecho solo firmada de vn Religioso deudo suyo, que con pretexto de piedad sigue por ella este pleyto, siendo assi, que (segun el estado presente de las cosas) lo fuera mucho mayor, y mas auentajada desengañarla, como lo hizieron muchos abogados con quien lo consultò, y sin genero de duda, tambien el proprio que no quiso firmar el papel, pero ya que es fuerça, diremos en este lo que pa-

reciere

reciere conuenir, que es lo ſiguiente.

Preſuponeſe lo primero, que el dicho Gonçalo Suarez, en la fundacion de eſte vinculo, puſo la clauſula de el tenor ſiguiente.

CLAVSVLA.

PRimeramente con tal condicion, que aueys de ſucceder, y ſuccedays, en el dicho donadio, y bienes de el, vos el dicho Gonçalo Suarez, mi hijo, y deſpues de vos, vueſtro hijo mayor legitimo, de legitimo matrimonio auido, y procreado, y deſcendientes varones legitimos de el, prefiriẽdo el mayor al menor; y aſsi de vno en otro, en todos vueſtros hijos varones, y deſcendientes varones de ellos. Y a falta de hijos varones, y deſcendientes varones de ellos, ſuccedan las hijas legitimas hembras, y deſcendientes varones legitimos de ellas, precediendo ſiempre en la via maſculina, y en la femenina, el mayor al menor, y el varon a la hembra, aunque ella ſea mayor en edad, y en ygual grado. Siendo ſiempre el poſſeedor vno ſolo; y en poder de aquel eſtando, y permaneciendo, los dichos bienes juntos, indiuiſibles, inenagenables in preſcriptibles, y libres de enagenacion, y en todas maneras ſujetos a reſtitucion. Y ſi de vos el dicho Gonçalo Suarez, mi hijo legitimo, no quedaren varones, ni hembras legitimos, de legitimo matrimonio auidos, que (conforme a lo que dicho es) ſuccedan en los dichos bienes, en tal caſo, aya Diego de Virues, mi hijo legitimo, &c.

Lo ſegundo, ſe preſupone, que el dicho Gonçalo Suarez primero llamado, ſuccedió en eſte vinculo, y le poſſeyò todos los dias de ſu vida, en la qual fue legitimamente caſado, y huuo de ſu matrimonio, por ſu hijo varon, mayor, legitimo, al dicho don Gonçalo de Zuñiga, por cuya muerte, y vacante ſe trata eſ-

te

te pleyto; y por ſu hija ſegunda, a la dicha doña Leonor de la Cerda que le pleytea. Y por ſu hijo tercero a don Aluaro de la Cerda, padre de la dicha doña Aldonça de la Cerda, que tambien le pleytea, y en cuyo fauor ſe eſcriue eſte papel.

Lo tercero, ſe preſupone, y en que no ſe pone duda, que el dicho don Aluaro de la Cerda, ſiendo ſoltero, y ſin impedimento alguno, para poderſe caſar con ella, tuuo trato, y amiſtad con la madre de la dicha doña Aldonça, que tambien era capaz de el meſmo matrimonio, y ſin impedimento alguno para poderle contraer entrambos, y de el ouieron, y procrearon por ſu hija natural a la dicha doña Aldonça, cuyos padres deſpues ſe caſaron legitimamente, y en faz de la ſanta Madre Igleſia, y con el ſubſiguiente matrimonio la ligitimaron.

His in facto ſuppoſitis (ſegun ſe colige de ſu informatorio) doña Leonor pretende vencer a doña Aldonça ſu ſobrina, por dos medios, y articulos. El primero de derecho, y circunſcripta la forma de la clauſula referida. El 2. peculiar, y en fuerça de las palabras de la dicha clauſula. De ſingulis ergo videndum nobis eſt; guardando eſta orden, porque ſegun ella, ſi fuera cierto lo que doña Leonor pretende en el primer articulo, es llano que fuera ſuperfluo, y ſupervacaneo, tratar de el ſegundo.

PRIOR ARTICVLVS.

TOda la pretenſion de el pone doña Leonor, en dezir vna coſa, que ni en el papel ſe ſabe declarar, ni el en ſi tiene ſubſtancia, como luego ſe verà. Conuiene a ſaber, que (ſupueſto que ſe trata en eſte caſo de ſucceder a don Gonçalo de la Cerda, vltimo poſſeedor, de quien doña Leonor, como ſu hermana,

na, està vn grado mas cercana) que doña Aldonça, como su sobrina, no le ha de preceder por via de representacion de su padre don Aluaro de la Cerda, porque aunque represente al dicho su padre, in omnibus, & per omnia; no assi todavia en la calidad de ser varon, porque essa no es representable, ni fingible por la ley quæ semper, naturam imitatur, §. minorem instituta de adoptionib. cum vulgatis, notatur in l. si is qui pro emptore, ff. de vsu capionib. Y q̃ assi lo resueluen en terminos el señor don Iuan de el Castillo, lib. 3. cap. 19. à num. 152. cum seq. Robles, de representat. lib. 1. cap. 12. à num. 21.

Lo segundo, dize doña Leonor, que quando doña Aldonça se quiera valer de predileccion, y primero llamamiento de linea (porque no ay duda que la hizo, y constituyò, respeto de doña Leonor, don Aluaro de la Cerda su hermano) no le puede sufragar, respeto de que nunca llegò a su linea, ni entrar en ella este mayorazgo, por auer muerto, y passado de esta presente vida, el dicho don Aluaro de la Cerda, mas tiempo de tres años, antes que muriera el dicho don Gonçalo su hermano, vltimo posseedor de este mayorazgo, y por cuya fin y muerte ha succedido esta vacante; y que assi no se puede valer doña Aldõça de semejante pretension, porque aunque sea verdadera la Regla de las lineas, *que ingressa vna, no se dà transito de ella a otras, hasta que la ingressa estè acabada*; no assi empero ante quam ingrediatur, argumento regulæ, *quod multo facilius impeditur aliquid ne fiat quam factum tollatur*: l. si patre, ff. de his qui sunt sui cap. quemadmodum de iureiurando cum vulgatis.

Pero sin embargo de estas friuolas alegaciones (y que ya el dia de oy recesserunt ab aula; tanto que

ningun abogado de Corte, y Chancillerias se atreuiera a alegarlas, y de que muchos de esta Real Audiencia desengañaron al padre que firmò el informatorio) la justicia de doña Aldonça es muy clara, y que le pertenece la succession de este mayorazgo, ex seq.

RESPVESTA DE EL PRIMER *fundamento.*

SOlia dezir vn señor de el Consejo, grauissimo, y doctissimo, que era mucho mas perniciosa, e irremissible en vn Abogado, la mala inteligencia, y aplicacion de vna doctrina de vn autor, que de vna ley, siendo assi, que aquella se introdujo para la declaracion de esta. Cosa, que si no me engaño, ha succedido en el caso presente: y para que se vea con alguna llaneza, es necessario distinguir las tres diferencias de vinculos, o mayorazgos, que ay en estos Reynos, y de que comunmente escriuen los autores, scilicet, vna media, y dos extremas. Conuiene a saber: la primera, es el mayorazgo regular, como el de este pleyto, a donde succeden hembras, y varones, con solamente la prelacion ordinaria de varon a hembra, y de mayor a menor, como se contiene en la clausula propuesta, y este es vno de los extremos. El otro extremo, y antipoda de este, es el mayorazgo de agnacion; a donde, ni puede succeder hembra, ni descendiente de ella, y aunque sea hija de el vltimo posseedor, retrocede la succession, y và a buscar al varon agnado, aunque mas remoto sea. El tercero y vltimo es el medio, y que se llama mayorazgo, de varonia, o masculinidad, y tiene participacion de entrambos los dos extremos. Conuiene a saber, de el vno, que no puede succeder hembra. Y de el otro, que pue

de

de ſucceder varon, guardando el rigor de la maſculinidad, aunque ſea deſcendiente de hembra.

Lo ſegundo es de aduertir, y ſuponer, que las doctrinas, y diſputas de los autores, de Italia, que eſeriuẽ ſobre los eſtatutos, quibus fœminæ propter maſculos excluduntur; frequenter ad Hyſpanorum primogenie trahi ſolent; vt cum iuditio nota el ſeñor Luys de Molina, lib. 3. cap. 5. num. 40.

Lo tercero tambien es neceſſario aduertir, y ſuponer la diſputa de quanto, y qual es aquello a que ſe puede, y deue eſtender, y ampliar la repreſentacion que el derecho, y leyes de eſtos Reynos tienen introduzido en la ſucceſsion de los mayorazgos, y en Italia los eſtatutos excluſiuos de las hembras, en la ſucceſsion de los bienes libres.

Con eſtos preſupueſtos, los autores de Italia, en ſus eſtatutos excluſiuos de hembras; y los de Eſpaña en ſus mayorazgos de agnacion, o maſculinidad, proponen eſta quæſtion. *Vtrùm fæmina repreſentans maſculum repreſentet illum cum qualitate maſculinitatis ad excluſionem amitæ, vel patrui reſpectiue?* Exempli gratia: ſi en los eſtatutos de Italia ſuccedieſſe morir Pedro, dexando a Franciſco, y Iuana ſus hijos, y a Maria, nieta, hija de Diego ſu hijo predefunto: ſi Maria, repreſentando a Diego ſu padre, lo repreſenta de tal manera, y con la calidad de varon que aya de concurrir en la ſucceſsion de ſu abuelo con ſu tio, o excluyr a ſu tia? Item, ſi en vn mayorazgo de Eſpaña, de maſculinidad, o de agnacion, murieſſe Pedro, dexando vn hermano, y vna hija, la hija en fuerça de la repreſentacion de ſu padre, que era varon, auia de tener tal fuerça, que excluyeſſe a ſu tio de la ſucceſsion de eſte mayorazgo? Y aunque es verdad que en eſtas tres queſtiones, y terminos de eſtatutos de Italia,

mayorazgos de masculinidad, o agnacion de España, no faltan autores que siguen, y dizen, que es tanta la fuerça de la representacion, y ficcion de la ley, que ha de representar el sexo de el representado, y esto parece que tiene mas fundamento en España en las palabras de la ley 40. de Toro, ibi: *De manera, que siempre el hijo, y sus descendientes legitimos por su ordē, representen la persona de sus padres*, todavia lo contrario es cierto, y recebido, y como tal lo resueluen los autores de fuera, y dentro de estos Reynos, de quibus late, el señor don Iuan de el Castillo, y Robles de representat. citatis locis.

Pero esto todavia no tiene que ver, ni genero de aplicacion al caso presente, porque en todo, y por todo son desiguales los terminos de la question que el mismo Robles, porque no se engañassen los lectores, puso al principio, num. 1. ibi: *Et ad huius quæstionis dilucidam intelligentiam præmitendum est hanc quæstionum locum habere, quādo persona representans, est fæmina quæ patris masculinitatem representare vult ad excludendum alium masculum proximiorem, vel remotiorem à maioratu qui agnationis, vel masculinitatis est; aut excludere vult amitam à successione quando est statutum admittens patrem masculum, & excludit sororem: alioquim fæminas in quocumq; maioratu, Ducatu, & Regno sicut masculos regulariter succedere (dummodo in eodem gradu masculi licet ætate minores non adsint) dicendum est, sed si fæminæ gradu sint proximiores à successione masculum excludunt remotiorem nisi, &c.*

De suerte, que en el caso presente, ni ay varon que compita con doña Aldonça, y assi no ay que tratar de esta question. Item, aunque doña Leonor de la Cerda fuera varō, tampoco se pudiera tratar de esta question,

queſtion, ni eſtauamos en los terminos de ella, como conſtituyera tercera linea, reſpeto de don Aluaro, y fuera menor en edad que el, como la conſtituyò doña Leonor, no embargante ſer mayor en edad, por razon de el ſexo. De que ſe conſigue, que por ningun camino puede tener fundamento, ni ayudarſe de eſta doctrina doña Leonor, y que es caſo cierto, que no traxo ſu alegacion, ſino perſona poco verſada en las reglas, y doctrinas de la ſuccesſion de los mayorazgos de Eſpaña.

RESPONDESE AL SEGVNDO fundamento.

ESte es de la meſma calidad que el paſſado, porque lo que en el ſe alega, es ya refutado, y declarado por ley, y pregmatica de eſtos Reynos, declaratoria de la ley 40. de Toro, porque antes, eſte es el caſo a donde eminentemente tiene lugar ſu diſpoſicion, videlicet, quando la ſuccesſiõ de el mayorazgo nunca entrò en la linea, cuya perſona, y cabeça ſe pretende repreſentar, porque vna vez entrado, ya non tam de repreſentatione, quã de ſucceſsione diceretur, y aſsi, quando ha entrado en vna linea, procede la regla, de *que no ha de hazer trãſito a otra, haſta auerſe acabado, y que no quede ninguno de los de aquella.* Pero quãdo no ha entrado, entonces es neceſſaria la repreſentacion, para buſcar el ſtipes de aquella linea, y la perſona cõſtitutiua de ella, para lo qual los ramos que de ella ſe deriuã, no neceſsitan de otra coſa mas de aſſentar por caſo llano, que ſi aquel viuiera excluyera ſin duda al que ſe le pretende oponer; ſegun lo qual, preguntеſe a doña Leonor, ſi al tiempo deſta vacante fuera viuo don Aluaro de la Cerda ſu her-

mano , si se le opusiera , o tratara de ponerle pleyto? Pues esso mesmo es con su hija doña Aldonça , en fuerça de que en el punto que don Aluaro nacio varon , constituyò linea primera , y prædilecta a doña Leonor de la Cerda su hermana , y ni ella, ni su linea puede tener entrada, ni llamamiento, hasta que sean acabados todos los de la linea anterior; como en vn pleyto de acreedores no puede ninguno pretender paga de su credito estando graduado en tercero lugar (que es lo mismo que constituyr tercera linea) hasta que estèn acabados , y pagados los primeros dos acreedores precedientes , y que con la paga , de tal manera sean acabados, que pierdan este nombre.

Con este presupuesto , despues de la ley de Toro 40. huuo quien quiso poner en disputa , *si auia de tener lugar su disposicion, en caso que nunca la succession de el mayorazgo ouiesse entrado en la linea de aquel que la pretende representar*? Cosa que podia succeder en vno de tres casos. Conuiene a saber, el primero, como el presente, a donde mucho despues de constituydo, y fundado el mayorazgo , muriesse la cabeça de la linea que se pretende representar , como es la de don Aluaro de la Cerda, antes de la vacante, y en vida de la persona por cuya muerte esta ha succedido, como lo fue la de don Gonçalo de Zuñiga su hermano. Y este era el caso de menos duda.

El segundo caso (y de alguna mas duda) era, quando la cabeça de la linea , de cuya representacion se trata , ouiesse muerto antes de començar la successsion de el mayorazgo, y (exempli gratia) en vida de el instituydor de el , que le auia fundado ; pero antes de llegar el caso de la succesion de el primer llamado, que auia de ser despues de sus dias.

El tercero y vltimo caso (y de mayor duda) era

quando

quando la cabeça de la linea (que se pretende representar) murio, no solo en vida de el instituydor de el mayorazgo, sino tambien antes que huuiesse instituydo el mayorazgo.

Y aunque en los primeros dos, resoluiò con muchos, y claros fundamentos, y doctrinas, el señor dō Iuā de el Castillo, lib. 3. cap 19. à n. 184. y 187. cū seq. que auia lugar la representacion, aunque la succesiō no huuiesse entrado en la persona que se pretendia representar, y que tenia lugar la representacion en los transversales, etiam quando in patre, vel ascendente ius succedendi firmiter radicatum non fuisset, sed ius tantum de futuro, & in spe, aut possibilitate competeret, & quod pater, aut ascendens (si tempore de latæ successionis viueret) succedere posset, quāvis actu non successerit. Ya esto no viene a estar en controuersia, porque la Magestad de el señor Rey Filipo III. (que Dios tiene) por su ley, y pragmatica, promulgada el año de 615. lo tiene asi mandado, y declarado en el tercero, y mas dudoso caso, por las palabras siguientes. *Mandamos que se guarde lo dispuesto en las dichas leyes de Partida, y Toro, y se sucede por representacion de los descendientes, a los ascendientes, en todos los casos, tiempos, lineas, y personas, en que los ascendientes ayan muerto antes de succeder en los tales mayorazgos (aunque la muerte aya sido antes de la institucion dellos) lo qual se guarde sin distincion, ni diferencia alguna, no solamente en la succession de los mayorazgos, a los ascendientes, sino tambien en la succession de los mayorazgos a los transversales, y no solo en los transversales al vltimo posseedor, sino tambien en los que lo fueren de el instituydor.*

2. Y asi por esta disposicion, se gloria mucho el señor don Iuan de el Castillo, lib. 4. cap. 56. à num. 83.

cum

cum seq. de que su opinion, y opiniones que auia tenido en esta razon, estàn oy comprobadas, y legaliçadas por la dicha prematica, y destruydo el error de algun autor de este Reyno, que mordaz auia escrito contra sus resoluciones.

Todo lo qual se funda en vn principio primo primo, que en la succession de los mayorazgos, lo primero que se ha de mirar; y la forma de graduar los opositores a el, es, en primer lugar la linea, en el segũdo el sexo, en el tercero la edad; y en el quarto, y vltimo, el grado de proximidad, vt pro constantissimo docet Dominus Molina, lib. 3. cap. 4. num. 14. & iterum cap. 6. num. 50. Y assi como hallemos en el caso de este pleyto, que para buscar successor a don Gonçalo de Zuñiga, vltimo posseedor, en primero lugar auemos de buscar la linea inmediata, y esta es la de don Aluaro de la Cerda, con la qual, no puede tener competencia la de doña Leonor de la Cerda su hermana: no ay para que gastar tiempo en las otras tres calidades, porque todas son graduales, y subsidiarias, y condicionalmente para en caso que no se halle la vitoria conocida en las precedientes, como en este pleyto. Et hæc de priori articulo.

POSTERIOR ARTICVLVS.

ESte, para mayor distincion, y claridad, le diuidimos en paragrafos, que son los siguientes.

§. *I.*

POR QVALES DE LAS PALABRAS DE la clausula se aya de determinar este pleyto?

DOña Leonor pretẽde, que ha de ser por aquellas de la clausula, ibi: *Vuestro hijo mayor legitimo, de legiti-*

legitimo matrimonio, auido, y procreado, a que doña Aldonça replica dos cosas. La primera, que no se ha de determinar este pleyto, por aquellas palabras, ni estamos en el caso de ellas. La segunda, que aunque se huuiera de determinar por ellas, y estuuieramos en su proprio caso, se auia de determinar, como pide, de singulis ergo breuiter videamus.

Quoad primum, esta calidad solamente la puso el fundador al primer llamado, ibi: *Y despues de vos Gonçalo Suarez, vuestro hijo mayor varon, legitimo, de legitimo matrimonio auido, y procreado*. Y este caso ya sucediò, y en este mayorazgo, don Gonçalo Suarez de Zuñiga, su hijo mayor, en quien concurrieron aunque fuera rigurosamente, todas las dichas calidades. Y aunque se tuuiesse esta calidad por repetida, que no tuuiera poca dificultad, en los demas hijos, segundo, o tercero, de el dicho Gonçalo Suarez primero llamado. No assi empero en los descendientes de el dicho primero llamado, y sus hermanos. Porque el llamamiento de estos entra por diferentes palabras, ibi: *Y los descendientes varones legitimos de el*. De manera, que de vna forma habla el testador en el hijo, o hijos de Gonçalo Suarez primero llamado, y a estos llama por palabras *de legitimos, de legitimo matrimonio auidos, y procreados*. Y de otra muy distante en los descendientes de el, a donde solamente pone la palabra *legitimos*, ibi: *Vuestro hijo varon, mayor, legitimo, de legitimo matrimonio auido, y procreado*, ecce prior vocatio, & ibi: *Y descendientes varones legitimos de el*. Ecce posterior vocatio. Y si el fundador quisiera, la mesma calidad, en los demas descendientes, de el primer llamado, que en los hijos, fuerale facil exprimirlo, y pues no lo hizo, es cierto que no lo quiso, ex vulgata regula *quod, si voluisset exprescisset*,

l.vnica,§. ſin autem, C. de caducis tollendis, cap. ad audientiam 12. in fine de decimis. Y mucho mas en el caſo preſente, a donde cada llamamiento tiene ſu particular circunſpeccion, y pudo auer conſideraciones, que en la perſona de el que entonces conocia, y primeramente llamaua, le pudieron mouer a cargar la mano, a acumular el dicho numero, y calidades, que ceſſauan, y podian ceſſar enlos deſcendientes no conocidos, de donde ſe contentò con mas cortedad de palabras, ex regula textus optimi, in l. quæ conditio, ff. de conditionib. & demonſtration. ibi: *Quæ conditio ad certas perſonas acommodata fuerit, referre debemus ad eum dumtaxat gradum quo hæ perſonæ inſtitutæ fuerunt.* Ac ſub inde, como aquellas calidades, y rigores, eſtàn pueſtas, y reſtringidas ſolamente al primer grado de los hijos de Gonçalo Suarez primero llamado, in ciuile eſt, pretenderlo eſtender al ſegundo grado de los demas deſcendientes, eſpecialmente auiendo en ellos el fundador mudado la forma, y contentadoſe con menos requiſitos.

Demas de lo qual, la verdad es, que de toda la cõtextura de la clauſula à principio vſque ad finem, conſta claramente, que el intento ſolamente fue excluyr a los legitimados por reſcripto, y admitir los legitimos de matrimonio, y ſin hazer entre eſtos diſtincion (como no la hazẽ los derechos Canonico, Ciuil, y de eſtos Reynos) de entre los que nacen durante el matrimonio, a los que ſe legitiman por la ſubſequencia de el, y que las dichas palabras, y multiplicacion de ellas, no tienen el miſterio, y operaciõ que doña Leonor pretende, ni ſe pueden aplicar al caſo de la ſuccesſion de eſte mayorazgo.

Y eſto ſe comprueua, porque en el primer llamamiento llama el fundador *à Gonçalo Suarez, ſu hijo,*

y deſ-

y despues de el, a su hijo mayor, legitimo, de legitimo matrimonio auido, y procreado, que es el primer grado, y luego en el segundo grado de los descendientes de este primero, no dize mas de *que sean descendientes legitimos*. Y luego en la condicional, y a falta de varones, para llamar a las hembras, tambien dize solamente, *que succedan las hijas legitimas hembras*, sin ponerle otra calidad alguna. Y finalmente, en la vltima condicional, y para hazer transito al llamamiento de el hijo segundo, a falta de succession de varones, y hembras de el primero, ibi: *Y si de vos el dicho Gonçalo Suarez, mi hijo legitimo, no quedaren varones, ni hembras, legitimos, de legitimo matrimonio auidos*, no pone la palabra geminatiua, *y procreados*. Ex quorum serie apparet, que no puso el fundador misterio alguno en las palabras geminadas que puso al principio, pues en las immediate siguientes, vsò de tan diferente manera de hablar, poniendo solamente la palabra, *legitimos*, y luego, *de legitimo matrimonio auidos*, de manera, que en su sentir, y hablar tuuo por lo mismo dezir, *legitimos*, que *de legitimo matrimonio auidos*, y por lo mesmo esto, que dezir, *auidos, y procreados*.

De suerte, que sola vna vez dixo, *legitimos de legitimo matrimonio, auidos, y procreados*, y tres vezes, dixo, *legitimos* solamente, y vna, *legitimos, de legitimo matrimonio auidos*, y es caso llano, que si el fundador vsara con misterio de las palabras, *auidos, y procreados*, y quisiera en ellas efecto de excluyr a los legitimados por subsiguiente matrimonio, no la omitiera tantas vezes, y por lo menos vsara de ella en la vltima parte de la clausula, y pues en esta parte tan subs-tancial, las omitio, es llano que las dixo acaso, y solo para el intento ordinario, de que los successores fues

sen

ſen legitimos, auidos de legitimo matrimonio, como lo ſon los de el ſubſiguiente, y no legitimados por reſcripto, nam ea que notabilia ſunt niſi ſpecialiter notentur, videntur neglecta, l. item apud labeonem, §. ait Prætor, ff. de iniurijs, Menochius, conſ. 1. num. 178. Tuſchus, tom. 5. concluſ. 68.

Y finalmente es muy de conſiderar en eſte punto, que aun no contiene eſta clauſula en las primeras, y mas riguroſas palabras de ſu principio, las que (por caſo mas exceſsiuo) ponderan los Doctores, videlicet, quando eſtàn llamados *hijos legitimos, y de legitimo matrimonio auidos, y procreados*; porque en eſta, como de ella parece, ſolamente llama *legitimos, auidos de legitimo matrimonio*, ſin la copula, y, de que reſulta, que el ſentido claro, es, que de las diuerſas eſpecies de legitimo, que ay, el fundador ſe quiſo reduzir ſolo a los que fueſſen legitimos por matrimonio, & ita explicando ſe ipſum, y como ſi dixera: *Suceda vueſtro hijo varon, legitimo; y llamo legitimo, id eſt, auido de legitimo matrimonio*, ita quod verbum illud, *legitimos*, genericum comprehenſivum, de legitimos por matrimonio, y de legitimos por reſcripto, y por adopcion, o arrogacion, lo quiero reſtringir a vna eſpecie, que es la primera, e potiſsima, de legitimo matrimonio nacidos, l. cum de lanionis, §. quidam, l. Sciæ. ff. de fundo inſtructo, Cephalus, cõſ. 372. num. 19. cum ſeq. lib. 3.

Con lo qual ſe reſponde, que ni en eſte caſo pudo auer la repeticion de eſtas palabras, ni quando (ſin perjuyzio de la verdad) la huuiera, podian, ni deuian obrar el efecto que de contrario ſe pretende.

§. II.

QVe aunque eſta clauſula tuuiera las palabras *de legitimo, y de legitimo matrimonio nacido*, y ſe huuiera

huuiera de juzgar por repetida, fuera de el caſo, y grado en que limitadamente eſtà pueſta, ad huc, no tuuiera fundamento la pretenſion de doña Leonor.

Quando fueramos con eſte preſupueſto, en el qual ſe halla la verdad en contrario (como ſe acaba de dezir, y ponderar) todavia eſtaua llana la juſticia de doña Aldonça, porque aun en eſte caſo verius, & receptius eſt, que no eſtàn excluydos los legitimados por ſubſiguiente matrimonio, vt in ſpecie tradit aditio Alexander, conſ.5.lib.7. Ioannes Baptiſta Lupuz, in tractatu de illegitimis, Comentario 4. §. 13. vbi cum plurimis (quos refert) ita concludit, idem tenet Menochius, conſ.227. num.64. lib.3. a donde defiende al legitimado por ſubſiguiente matrimonio, en terminos de eſtatuto, que hablaua de legitimos, nacidos, y procreados de legitimo matrimonio, y auiendole opueſto de la geminacion de palabras, le reſponde en el num. 69. y lo meſmo haze Burſato, conſ.18. num.17. lib. 1. ſubdens. *Hanc eſſe rationem quia ſi matrimonium tollit omnia vitia præcedentia, & vere filium legitimum ex matrimonio conſtituit, virtute legis quæ quo ad omnia illum pro verò legitimo habuit tam virtus legis operabitur in vno verbo natis, vel procreatis, quam ſi ſint geminata, vel triplicata verba, & refert ita cenſuiſſe collegium Patauinum*; y tambien lo aconſejò, y reſpondiò lo meſmo el Cardenal Mantica, conſ.191.num.6. Y por ſin duda paſſa con ella, nouiſsime Fuſſarius de ſubſtitutionib. quæſt.409.num.48.

La meſma opinion tiene (vno por muchos, que lo es donde quiera) el ſeñor Luys de Molina, de Primogenijs, lib.3.cap.1.num.10.a donde pone la queſtion de Mayoratu in quo fuit vocatus filius legitimus cum adiectione, *quod ſit ex legitimo matrimonio,*

 pro-

procreatus, & legitime natus, y al remate dize, *quod hæc sententia indistinte vera, & communis videtur, & quod secundum eam non semel pronunciatum vidit.*

Y se comprueba, porque aun quando (quod fortius est) se diga *succedan legitimos, y de legitimo matrimonio nacidos, y no de otra manera*, todavia se comprehende el legitimado por el subsiguiente, y aunque se diga, *succedant legitimi de legitimo matrimonio procreati, veri, & non ficti*, vt tradit Ioannes Baptista Lupuz, vbi supra, num. 14. y 15. y 16.

Y finalmente, ninguna clausula general es bastante a excluyr al legitimado por subsiguiente matrimonio, sino fuere la que expressa, y literalmente los excluyere. De manera, que justamente se halla este caso oy equiparado (en quanto a exclusion) a los dos de las prematicas de el año de seyscientos y quinze, videlicet, que no es visto en los mayorazgos excluyr se la representacion, por coniecturas, ni argumentos, si no es que el testador la excluye literalmente, diziendo, *que no aya lugar la representacion.* Item, en la exclusion de hembras, no aya lugar, si no dixere literalmente el testador, *que las excluye.* Y lo mesmo en nuestro caso, sino huuiere literal exclusion de el legitimado por subsiguiente matrimonio; eleganter aflictis in cap. 1. §. naturales, si de fæudo fuerit controuersia, inter dominum, & agnatos, notabili vltimo, num. 3. ibi: *Succedit legitimatus per subsequens matrimonium, nisi expresse contrarium appareat ex forma investituræ puta quia diceret, volumus quod legitimatus per consequens, matrimonium non succedat.*

Lo mesmo tiene la addition de Alexandro dicto conf. 5. lib. 7. a donde auiendo resuelto, que no se excluye el legitimado por subsiguiente matrimonio, en fuerça de las palabras geminadas de la condiciõ,

si sine

si sine filijs legitimis natis, & procreatis de legitimo matrimonio, dize las siguientes. *Nec est presumendum quod testator per clausulas quascumque generales, nisi adhunc cassum expresserit, voluirit derogare iure communi cum quo magis se conformare, velle videtur, etiã per has clausulas.*

Lo mismo tiene por sin duda Iuan Bautista Lopez, dicto comentario 4.§.3.num.10.refiriendo a los que se acaban de alegar. Y luego en el num. 17. lo torna otra vez a repetir.

§. III.

QVE LOS AVTORES QVE DOÑA Leonor alega en su fauor, ninguno de ellos le puede sufragar.

EL primero es Antonio Tesauro en la decissión 196.no solo no le fauorece, antes le destruye, porque no habla en clausula semejante a esta, sino que passò mas adelante, y llamò *a los hijos legitimos, veros, & non fictos,* y todavia aun en aquel caso, y que tuuiera esta amplitud de palabras, està la verdad contra Tesaurio, vt cum iuditio aduertit Lupus dicto tractatu de illegitimis, coment.4. num. 15. versic. aliud exemplum, & num. 16.

El segundo autor, es, Peregrino, en el articulo 24. el qual pone toda la fuerça en la geminacion de palabras *de legitimo, y de legitimo matrimonio auido, y procreado.* Y en esto se halla reprobado por todos, como bien parece por lo que se acaba de fundar, a donde todo esto no puede obrar el efecto de exclusion, y le obra muy bastante, excluyendo los legitimados por rescripto, como parece de los autores que dexamos referidos.

El tercero autor que alega, es, Alexandro dicto cons. 5. lib.7. porque aunque es verdad que en el dixo que bastaua para exclusiõ de los legitimados per subsiguiente matrimonio que dixesse la clausula, *si decesserit sine liberis, ex se legitime descendentibus*. En que no ay duda que es reprobado, y error conocido lo que aconsejò; y asi la adicion no se contentò con reprobarle en lo que dixo, sino añadir que aunque la clausula tuuiera mucho mas exuberantes palabras, tambien fuera erroneo aquel consejo, ibi: *Sed hæc sententia dura est, & non placet, & plus dico quod est contra verosimilem mentem testatoris, quia verba illa ex se, legitime descendentibus sunt apposita ad excludendos, legitimatos per rescripta, vel gratias Principum, prætio (vt a solet) redemptas: non autem sunt verosimiliter apposita ad excludendum legitimatos secundum ius commune per subsequens matrimonium, cum hi non fucco, vel artificio priuilegiorum, nec peremendicata, vel redempta, eorum suffragia; sed mero iure communi, & quoad omnes sint legitimi: quare idem credo si testator addidiccet, & ex legitime matrimonio procreatis, quia istud non censetur additum nisi ad cabendum contra ius commune. Nec est præsumendum quod testator per clausulas quascumque generales, nisi, & hunc casum expresserit, voluerit derogare iuri communi, cui magis se conformare velle videtur, etiam per has clausulas. Et alioquin sequeretur, quod hæc additio, & de legitimo matrimonio procreatis excluderet natos in figura matrimonij licet sint legitime nati propter bonam fidem vtriusque vel alterius parentis, vt in capite ex tenore qui filij sint legitimi.*

Y el vltimo autor (y en que mas fundamẽto haze) es el señor don Iuan de el Castillo, lib.4.cap.31, y no le deue hazer en manera alguna, porque se muestra

que

que antes, y despues tuuo lo contrario, con gran reconocimiento de esta verdad, antes en esta manera, suponiendose que en este caso son, y estan totalmente equiparados para todos los efectos, por el derecho Canonico; los hijos legitimados por el subsiguiente matrimonio, enel capitulo tanta qui filij sint ligitimi, y los auidos de matrimonio omnino inualido, pero contraido publicamente, & cum bona fide, vtriusque, vel alterius ex coniugib cap. ex tenore, eo dem tit. como bien los equipara la addicion de Alexandro; proxime allegata. Sed sic est, que en terminos de el capit. ex tenore, y de clausula, y llamamiento *de hijos legitimos, y de legitimo matrimonio auidos, y procreados*; disputa la question el señor don Iuan de el Castillo, en el lib. 2. cap. 11. à num. 14. a donde en el numero 17. cum seq. defiende, y funda la justicia de el hijo auido de matrimonio, ipso iure nullo, por solamente la buena fee, de vno de los casados, a donde en el num. 15. se gloria asserens *ante se reliquos omnes radicem dubij non attigisse*. Y en el num. 17. la pone, en que el caso de el capitulo ex tenore, aunque el matrimonio re vera sea nullo ipso iure, todavia la ley Canonica, en quanto a la legitimidad de los hijos, para todos los efetos por la buena fee de vno de los Padres, los tiene equiparados, a los legitimos, y que assi, aunque fuera la materia muy odiosa, y exorbitante, subintrat doctrina glossæ celebris, iuncta glossæ, in l. si quis seruo, C. de furtis. Y esta razon le conuence mucho mas, en terminos de el capitulo tanta; a donde la equiparacion de los legitimados, por consequente matrimonio, est in omnibus, & per omnia, & quoad omnes iuris effectus; y assi ha de obrar en todos, y tanto en el caso de vn texto, como de el otro.

Y finalmente, porque despues, no por argumẽtos, sino con toda llaneza, se retratò en el lib. 5. cap. 75. colum. 3. dize: *quoad pro legitimates per subsequens matrimonium, & in fauorem eorum sæpe iam supremus Regius Hispaniæ Senatus desinibit, & hanc vltimam partem, pro qua præsumpta testatoris mens expenditur, amplexus est, & contrariam, ex rigore verborum subsistentem reijcit absolute.* Y en la col. 4. refiere, y trae por testigo de lo mesmo a Nicolas Garcia, *quod in Hispania, ex recerpta sententia, quod legitimati per subsequens matrimonium admittantur ad fideicommissa, & primogenia, ad quæ vocantur ex legitimo matrimonio nati seu legitimi, & de legitimo matrimonio nati.* Y finalmente concluye el capitulo con la doctrina de Iuan Bautista Lopez, que dexamos referida, que lo amplia, a que en tanto caso proceda, que no baste dezir, *de legitimo matrimonio natis, & procreatis, & non aliter.* Ni tampoco, *de legitimo matrimonio nati, & procreati, veri, & non ficti,* sino que es precisamente necessario que se exprima literalmente, *quod legitimati per subsequens matrimonium non admitantur,* y con esto queda.

§. IIII.

RESPONDESE A LA OPOSICION de la clausula, que manda casar con licencia de los padres.

LO primero, que falta el fundamento de el hecho, porque no consta que don Aluaro de la Cerda, se casasse sin licencia de sus padres, ni menos que fuessen viuos al tiempo que se casò. Lo segundo, que la condicion que tiene en razon de esto, es reprobada, porque dispone, que no se puedan casar, sin licencia,

y con-

y consentimiento de sus padres, & sic reijcitur, & pæna ei posita non valet, l. cum tale, §. si arbitratu, l. filiæ suæ ff. de conditionib. & demonstrationib. l. Turpi alegata, §. Titiæ, ff. de legatis primo. Bartolus in l. 1. num. 2. ff. de his quæ penæ nomine. Costa in dicta l. cum tale, §. rescriptum limitat. vltim. num. 12. Dominus Molina, lib. 2. cap. 13. num. 35. vsque ad numerum 40.

Quarto, porque finalmente, auiendo nacido doña Aldonça, antes de executarse la dicha pena procul dubio, auia de succeder ella, y no quien se le opone juxta resolut. quam tradit Dominus Molina, lib. 3. de primogenijs, cap. 10. num. 44. cum seq. vbi asserit ita decisium, idem facit Mogonius, decis. 91. à n. 18. Franquiz, decis. 169. num. 24. & sequenti.

Ex quibus. Parece bien fundada la justicia de doña Aldonça, y que se ha de determinar en todo en su fauor, y asi lo espera. Saluo, &c.



